

## **¿Qué se entiende por «documentos esenciales» para impugnar la legalidad de la detención?**

¿Qué documentos se podrán examinar de las actuaciones? ¿Quiere ello decir que se hará entrega del atestado al detenido o a su abogado? ¿Y qué debe entenderse por «facilitar el pleno conocimiento del contenido de los elementos nucleares del núcleo irreductible del derecho de defensa»? Existen muchos interrogantes que plantean conflictos entre el abogado que presta la asistencia y los miembros de la policía judicial en los centros de detención.

### **I.-Introducción**

Primero, la STC de 30 de enero de 2017, y, recientemente, la STC de 5 de marzo de 2018, abordan el significado y alcance de la transposición de la Directiva 2012/13/UE relativa al derecho a la información en los procesos penales que comportó la modificación del art. 520 de la LECr, merced a la L.O. 5/2015, de 27 de abril y, en concreto, el párrafo 2, d) del precitado artículo, regulando el *“derecho de acceso a los elementos de las actuaciones que sean esenciales para impugnar la legalidad de la detención o privación de libertad.”*

En efecto, el reformado art. 118.1 b) 6, así como la nueva redacción del art. 520.2.d) LECr.7, incorporan lo establecido en los arts. 4.2 a) y 7 de la Directiva 48/13/UE, esto es, el acceso de la persona detenida o su abogado a las actuaciones en cualquier fase del proceso penal, antes del primer interrogatorio oficial por parte de la policía o de otra autoridad, por tratarse de una información necesaria para de esta forma puedan preparar su defensa y salvaguardar la equidad del procedimiento, según se expresa en los Considerandos nº 27 y 28 de la citada Directiva. La nueva normativa no hace sino reconocer lo establecido en la jurisprudencia del TEDH.

### **II.-Significado y alcance.**

La cuestión fundamental es determinar qué debe interpretarse por *“actuaciones que sean esenciales”* y el significado y alcance que debe darse a ese derecho, teniendo en cuenta el *principio de primacía del derecho comunitario y el control de convencionalidad*, habida cuenta la vigencia de una legislación supranacional de obligada observancia por los jueces y tribunales nacionales. Desde luego, la identificación de las actuaciones que sean esenciales para la impugnación de la legalidad de la medida privativa de libertad no es tarea sencilla, siendo la indeterminación del concepto utilizado relevante y sin duda plantea innumerables problemas aplicativos.

En efecto, la trasposición de ese derecho a nuestro texto normativo procesal penal suscita una preocupante diáspora de soluciones interpretativas con innegable afectación al derecho fundamental a la libertad, y muy significadamente, en los escenarios de concurrencia de secreto de las actuaciones y decisiones atinentes a la medida cautelar personal de prisión provisional.

Cabe preguntarse, ¿Qué documentos se podrán examinar de las actuaciones?, ¿Qué ha de entenderse por «documentos esenciales» para impugnar la legalidad de la detención?, ¿Quiere decir ello, que se hará entrega del atestado al detenido o a su abogado? Y qué debe entenderse por facilitar el *pleno conocimiento del contenido de los elementos nucleares del núcleo irreductible del derecho de defensa.*

A buen seguro que tales y otros muchos interrogantes continuarán planteando un semillero de conflictos entre el abogado que presta la asistencia y los miembros de la policía judicial en los centros de detención, ya que de acuerdo con la nueva normativa, se puede privar al Letrado de la entrevista reservada y del examen de las actuaciones, con argumentos tales como que, no se sabe si el juez declarará o no el secreto de las actuaciones o decretará la incomunicación del detenido, o incluso se podrá dar el caso de limitar directamente tales derechos por parte de la policía judicial, a tenor de lo establecido en el modificado art. 527.2 LECr., en espera a que el juez se pronuncie en el plazo de veinticuatro horas. En tal supuesto, el letrado podrá esperar a que se resuelva, pero se prolongará hasta entonces la detención, salvo que el abogado sea requerido ya casi cumplido el plazo máximo de las setenta y dos horas y no quepa ya la espera.

El propio art. 527.1 d) LECr. ,en su redacción dada por la LO 13/15, tiene en cuenta la distinción documental a la que tiene derecho a examinar el detenido y su abogado, pues reconoce que en caso de decretarse la incomunicación el detenido o preso podrá ser privado de su derecho a acceder él o su abogado a las actuaciones «salvo los elementos esenciales para poder impugnar la legalidad de la detención», esto es, claramente la norma distingue entre las pruebas materiales de que disponga la autoridad competente, relativas a las actuaciones relativas a la supuesta infracción penal y, de otro la documentación relativa a impugnar la legalidad de la detención.

Por tanto, cabe entender que salvo declaración judicial del secreto de las actuaciones ,según nueva redacción del art. 302 LECr ,dada por la LO 5/15, el abogado que presta asistencia al detenido o preso, tendrá derecho de acceso al atestado, salvo en el supuestos del art. 527 LECr., ya mencionado.

Sin desconocer la indeterminación del concepto-acceso a los elementos esenciales para poder impugnar la legalidad- que genera serios problemas aplicativos, debe significarse que el denominado derecho de acceso al expediente,a los elementos esenciales de las actuaciones, a fin de poder impugnar la decisión atinente a la privación de libertad, no es un derecho absoluto,ya que entre sus límites se encuentra el que no se vea perjudicado el éxito de la investigación, siendo que el Juez debe extremar las cautelas para determinar qué documentos o parte de ellos han de ser entregados al Abogado para que pueda impugnar de forma efectiva la privaciónde libertad ,sin que ello suponga merma de los derechos e intereses que se pretenden proteger con el secreto de las actuaciones acordado, y tampoco implica necesariamente la entrega de copia íntegra del atestado policial.

Así,el art 7.4 de esta Directiva contempla la posibilidad de establecer limitaciones temporales a determinados materiales de las actuaciones si es estrictamente necesario para defender un interés público importante, como en los casos en que se corre el riesgo de perjudicar una investigación en curso, situación esta última ante la que nos encontramos cuando son declaradas secretas la totalidad de las actuaciones en el momento de dictarse el auto recurrido.

En este sentido, colacionamos el Auto de fecha 4 de julio de 2017, dictado por la Sección Tercera de la Sala Penal de la Audiencia Nacional ,cuando proclama:

“No puede pues sostenerse que el apelante y el letrado que le asistía no tuvieran el conocimiento que en aquel momento procesal era posible y exigible, dado que las actuaciones estaban declaradas secretas, de los elementos esenciales para impugnar su privación de libertad, pues sabía cuáles eran los hechos que se le imputaban que se consideraban delictivos y en los que se basaba su privación de libertad. Además, el letrado designado por el apelante había estado presente durante la práctica del registro en su domicilio (fol. 2.525) y por tanto conocía todos los efectos y documentos que fueron intervenidos que estaban relacionados con los hechos imputados. Dichas circunstancias hacen inferir a este Tribunal que resulta ponderado al temporal sacrificio de los derechos procesales referidos a la defensa y de acceso al expediente del apelante a fin de prevenir una situación que pueda comprometer de forma grave el resultado de la investigación o del proceso.”

## **II.-Práctica policial**

La Comisión Nacional de Coordinación Policial ,en la reunión celebrada en Madrid, el 15 de julio de 2015, con un criterio sumamente restrictivo, entendió que se consideran elementos de las actuaciones policiales esenciales para impugnar la legalidad de la detención y que consisten únicamente en aquella información que sea fundamental para recurrir o valorar la pertinencia de la detención y deben facilitarse al detenido o a su abogado, los siguientes:

a)lugar y fecha de la detención.

b)lugar ,fecha y hora de la comisión del delito

c)identificación del hecho delictivo que motiva la detención y breve resumen de los hechos

d)indicios de los que se deduce la participación del detenido en el hecho delictivo (indicios muy genéricos, ejemplo, reconocimiento por diversas personas pero sin especificar quien o quienes lo han identificado,declaración de testigos sin especificar quienes son los testigos, huellas dactilares,etc.).

Desde luego,dicho formato ,a modo de formulario normalizado, denominado N01, no responde a las exigencias inherentes al derecho examinado en cuanto a proporcionar un información necesaria e imprescindible para poder preparar la defensa y salvaguardar la equidad del procedimiento y garantizar el efectivo derecho de defensa.Tampoco se compadece ni responde a tales exigencias que la policía con carácter previo a la declaración del detenido facilite un resumen verbal de los hechos motivantes de la detención,sin llegar el Letrado asistente a disponer del contenido del atestado policial antes de tener lugar la entrevista que mantienen abogado y cliente.

La concreción legal de las garantías como mecanismo de protección de los derechos de las personas sospechosas de haber cometido un delito se recoge en la nueva redacción de la L.E.Criminal, operada por las Leyes Orgánicas 5/2015, de 27 de abril y 13/2015, de 5 de octubre, mediante las que se han traspuesto a nuestro ordenamiento jurídico las Directivas Comunitarias, 2010/64/UE, de 20 de octubre, ,la 2012/13/UE de 22 de mayo y la 2013/48/UE de 22 de octubre y con carácter general ,la nueva regulación legal reconoce a toda persona a quien se atribuya un hecho punible el derecho a ser informado de los hechos que se le atribuyan, ex art. 118.1.a) y también del derecho a examinar las actuaciones con la debida

antelación para salvaguardar el derecho de defensa, momento que debe ser en todo caso anterior a que se le tome declaración, art. 118.1 b) de la L.E.Crim. El art. 520.2 dispone que toda persona detenida o presa será informada por escrito, en un lenguaje sencillo y accesible, en una lengua que comprenda y de forma inmediata, de los hechos que se le atribuyan y las razones motivadoras de su privación de libertad, así como de los derechos que le asisten. De entre estos últimos, deben destacarse: el derecho a ser informado del procedimiento por medio del cual puede impugnar la legalidad de la detención y el derecho de acceso a los elementos de las actuaciones que sean esenciales para impugnar la legalidad de la detención, facultad esta última que actúa como garantía instrumental, tanto del ejercicio del derecho a la información como de la efectividad de la asistencia letrada obligatoria con que todo detenido ha de contar.

### III.-¿Cómo debe reaccionar el abogado ante la negativa de acceso a los datos esenciales?

La reforma no incorpora en esta transposición al ordenamiento interno nacional, el derecho a recurrir tal resolución policial, y, omite toda referencia al derecho reconocido en el art. 8.2 de la citada Directiva de poder impugnar el hecho de que las autoridades competentes, en nuestro caso la policía judicial, no hayan proporcionado la información de conformidad con la presente Directiva o se haya negado a ello.

Ante esa ausencia de previsión normativa, consideramos que lo aconsejable, en primer lugar, es hacer *constar de forma explícita, expresamente, su protesta, su queja*, en la declaración policial, poniendo de relieve que no se le ha facilitado el contenido del atestado o cuando menos de aquellas diligencias esenciales que le permitan ejercer el derecho de defensa. Verbigracia, *"mi abogado ha solicitado acceder a las diligencias practicadas (atestado policial) para examinar los elementos que justifican la legalidad de la detención y le han denegado ver o examinar el atestado, con vulneración del art. 520 de la L.E. Crim."*

Otra forma de reacción es *promover el procedimiento de Habeas Corpus* conforme a lo indicado en la STC de 30 de enero de 2017.

Si el *habeas corpus es admitido a trámite, pero resulta desestimado*, deberá el Letrado *interponer Recurso de amparo* ante el Tribunal Constitucional alegando no sólo la vulneración del art. 17. 3 de la C.E. sino también el ejercicio del derecho de defensa y la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24 de la Norma Fundamental.

Si el *habeas corpus resulta inadmitido*, ad limine litis, deberá la defensa *promover incidente de nulidad de actuaciones* a fin de agotar las vías jurídicas antes de acudir al recurso de amparo.

### IV.-Planteamiento del Tribunal Constitucional.

El TC en la STC de 5 de marzo de 2018, destaca varios aspectos:

- a) En cuanto a *la forma* en que la información ha de ser suministrada señala que debe ser por escrito, y no únicamente verbal, cuando se trate de persona detenida, ni puede ser sustituida por la más genérica y habitual "información de derechos". Es decir, ha de formalizarse en un documento que ha de ser entregado al detenido y debe dejarse

- constancia en el atestado de la fecha y hora en que se ha producido dicha información y ello a fin de favorecer el posterior control de su consistencia y suficiencia.
- b) En cuanto *al momento* en el que la información ha de ser facilitada, la ley reitera que ha de serlo, de forma inmediata en los supuestos de privación de libertad y ello a fin de evitar innecesarios espacios de incertidumbre personal acerca de la situación de privación de libertad y en todo caso debe proporcionarse antes de su primer interrogatorio por parte de la policía.
  - c) En cuanto *a su contenido*, la información tiene un triple contenido: se ha de extender a los hechos atribuidos, a las razones motivadoras de la privación de libertad y a los derechos que conforman su estatuto personal como sujeto pasivo. Es decir, no sólo debe identificar y calificar provisionalmente la infracción penal que se sospecha ha cometido la persona detenida, sino también los datos objetivos que permitan establecer una conexión lógica entre la conducta del sospechoso y el hecho investigado y el fundamento de la conexión subjetiva y objetiva del detenido con el hecho ilícito que justifica la detención. La concurrencia de indicios con obligada referencia a las fuentes de prueba, documentos, informes periciales, actas que describen el resultado de un registro, de una inspección ocular, de la recogida de vestigios, de fotografías y grabaciones, de sonido o vídeo, u otras similares, que dotan de contenido al derecho de acceso a los elementos de las actuaciones que sean esenciales para impugnar la legalidad de la detención.
  - d) De forma *inescindible, complementaria e instrumental* a los derechos a recibir información sobre las razones de la detención y a impugnar la legalidad de la detención en sintonía con el art. 7.1 de la Directiva 2012/13/UE, de 22 de mayo.
  - e) *Es al detenido a quien corresponde instar el ejercicio de su derecho*, solicitando justificadamente los elementos de las actuaciones a los que quiere acceder. Y en caso de surgir discrepancia con los agentes de policía acerca de qué elementos de las actuaciones son esenciales en el caso concreto, podrá activar la garantía del habeas corpus para que sea la autoridad judicial la que dirima la controversia.
  - f) Es decir, *debe proporcionarse cabal y cumplida información al detenido, a su Letrado, a fin de que se le permita cuestionar fundadamente, en su caso, su privación de libertad*, ya que de lo contrario se vulnera su derecho a la libertad personal, art. 17.1 y 3 de la C.E., con la consecuencia de ser otorgado el amparo y restablecer su derecho con la declaración de la nulidad del Auto dictado en el procedimiento de habeas corpus que le denegó tal derecho de acceso a los elementos esenciales.

#### **V.-Incidencia del secreto en las actuaciones penales.**

El Auto de 15 de marzo de 2018, dictado por la Sección Novena de la A.P. de Barcelona, por mayoría, señala, en sede de actuaciones declaradas secretas, ( con posterior alzamiento del secreto por parte del Instructor, manifestado por las partes en la diligencia de vista del recurso de apelación) ,“Por lo que hace al alegato atinente a la postulada nulidad por infracción del derecho de información, en cuanto al acceso a los elementos esenciales para poder impugnar la decisión relativa a la privación temporal de libertad que se instrumenta con apoyo normativo en los arts. 505.3 y art. 302 y 520 de la L.E.Criminal y art. 118 de la propia Ley Adjetiva, cabe significar que, ciertamente, como subraya el

Tribunal Constitucional, no es suficiente con hacer referencia al hecho investigado, su lugar y fecha de comisión y su calificación jurídica provisional, sino que la información policial ha de poner también de manifiesto el fundamento de la conexión subjetiva y objetiva del detenido con el hecho ilícito que justifica la detención y en este sentido ,la Comisión Nacional de Coordinación de la Policía Nacional, en su reunión de 15 de julio de 2015, vigente ya la L.O. 5/2015, de 27 de abril, fijó como contenido mínimo de la información policial que ha de facilitarse a los detenidos la que se refiere al lugar, fecha y hora de la detención y la comisión del delito ,a la identificación del hecho delictivo y también a los “indicios de los que se deduce la participación del detenido en el hecho delictivo”, indicios sobre los que ha de reseñarse su procedencia objetiva, así como la obligada referencia policial a las fuentes de prueba que permiten afirmar la concurrencia de los indicios que relacionan al sospechoso con el hecho investigado, tales como documentos, informes periciales, actas que describen el resultado de un registro, de una inspección ocular o de la recogida de vestigios, y si procede fotografías, printers extraídos de la grabación de cámaras de seguridad, grabaciones de sonido o vídeo u otras similares, dota de contenido al derecho de acceso a los elementos de las actuaciones que sean esenciales para impugnar la legalidad de la detención, garantía adicional del derecho constitucional a la libertad y seguridad personal que ha obtenido por primera vez reconocimiento legal como derecho del detenido en el nuevo art. 520.2.d) de la L.E.Criminal ,tratándose de un derecho inescindible, complementario e instrumental a los derechos a recibir información sobre las razones de la detención.

De esta manera ,el detenido, asesorado convenientemente por el letrado, ya lo fuere designado voluntariamente o del turno de oficio ,con quien previamente puede entrevistarse reservadamente, conforme previene el art. 520.6.d) de la L.E.Criminal, podrá decidir fundadamente su conducta procesal durante el interrogatorio, así como tomar la decisión de impugnar la legalidad de la privación de libertad cuando no comparta la causa que la motivó o la forma en que se esté desarrollando siendo al detenido a quien corresponde instar el ejercicio de su derecho recabando de la autoridad justificadamente los elementos de las actuaciones a los que quiere acceder a tal fin y una vez solicitado, el acceso debe producirse de forma efectiva y en caso de ser denegada su petición o de surgir discrepancia en cuanto a los elementos proporcionados, acerca de cuáles resultan ser esenciales, podrá activar la garantía del habeas corpus para que sea la autoridad judicial la que dirima la controversia.

Ahora bien, en el caso actual, debe señalarse que ni el investigado ni su Letrado, en sede policial ni judicial, antes de recaer la resolución apelada, efectuaron formal ni expresa objeción en cuanto a la privación de información referida a los elementos esenciales de la detención ni consta petición del Abogado de tener acceso al atestado policial, o diligencias policiales, antes del producirse el interrogatorio de su patrocinado, ni nada que indicase que no se le permitiese conocer de forma suficiente las razones que habían motivado la detención de su cliente en cuanto a la eventual afectación respecto a la efectividad de la asistencia letrada, ex arts. 17 y art. 24. 2 de la CE., ni tampoco consta que en el curso de la declaración judicial ante el Juez Instructor se plantease ese óbice, ya que el aquí recurrente afirmó conocer el motivo de su detención y admitió que se había comunicado sus derechos con traductor intérprete ,asistido de letrado, ni tampoco consta consignada

protesta alguna, ni en la comparecencia o vistilla del art. 505 de la L.E.Criminal, ni tampoco la Defensa reaccionó promoviendo ,activando ,el procedimiento del habeas corpus, procedimiento urgente, de carácter especial, de cognición limitada y única instancia en que se valora la legitimidad de una situación de privación de libertad, para que la autoridad judicial dirimiese la controversia, y, desde la perspectiva garantista que es lo que persigue la transposición de la Directiva 2012/13/UE, de 22 de mayo ,art. 7.1, en cuanto al contenido del derecho a la información sobre los hechos y las razones que motivaron su detención ,desarrollado en el art. 520.2 de la L.E.Criminal, si bien es cierto que dicha información debe *formalizarse por escrito en un documento* que ha de ser entregado al detenido, ello puede efectuarse en el mismo documento que recoja la información sobre sus derechos y ha de realizarse *de forma inmediata* ,con un triple contenido, *hechos* presuntamente atribuidos, *razones* motivadoras de la privación de libertad y *derechos* que le asistan ,y, en el caso actual cabe entender que el investigado tuvo perfecto conocimiento de los hechos que se le imputaban a raíz del pormenorizado relato de hechos que hizo el Ministerio Fiscal y en cualquier caso, cual se razona en la STC de 5 de marzo de 2018, la determinación y fijación de cuáles han de ser los elementos resulta casuística, dependiendo de las circunstancias que en cada caso fundamenten la detención, y, desde luego, a la inherente restricción derivada del secreto de las actuaciones, ya que el invocado derecho no otorga una facultad de acceso pleno al contenido íntegro de las actuaciones policiales o judiciales practicadas con anterioridad a la detención, pues sólo deben procurarse aquéllas que sean reputadas como esenciales para poder ,en su caso, impugnar la legalidad de la detención ,es decir, para poder cuestionar si la privación temporal cautelar penal de la libertad a los fines del art. 520.2.d) de la L.E.Criminal ,en relación con los arts. 302 y 527 de la propia Ley Criminal.

Estimamos que ,en el supuesto de autos, *se le facilitó al investigado y a su Letrado la parte nuclear de la información esencial para poder ejercer el derecho de defensa* en cuanto a la impugnación de la privación de libertad ,tanto de hechos, como la razones de la privación de libertad explicitadas por el Ministerio Fiscal, conforme al principio acusatorio formal, en la comparecencia previa al Auto cuestionado, así como de su eventual calificación jurídico penal, dado que se le hizo saber en la comparecencia del art. 505 de la L.E.Criminal, que la investigación se remontaba al año 2016, y lo era en relación a un cultivo clandestino ,a gran escala de sustancia estupefaciente que no causa grave daño a la salud, marihuana, del presunto entramado criminal, de la actuación coordinada, del uso de naves y trasteros, en Polígonos Industriales radicados en la provincia de Barcelona, de la conexión con asociaciones cannábicas, y de los vínculos internacionales, del almacenamiento, embalaje y distribución en diferentes fincas y locales para su facilitación a terceros ,de la venta bien al por mayor o al por menor a través de dichas asociaciones autodenominadas cannábicas, de la calificación jurídico penal provisoria conceptuándola como delito contra la salud pública en cantidad de notoria importancia y cometida por organización criminal de los arts. 368, 369.1 y 5 y art. 369 bis del C.Penal, con elevada penalidad y ello sin que la defensa del investigado en aquel momento ni antes recabase la información acerca de los elementos esenciales.

En cualquier caso, y ,como señala la muy reciente, STC de 4 de marzo de 2018, *es al detenido a quien corresponde instar el ejercicio de su derecho solicitando justificadamente*

*los elementos de las actuaciones a los que quiere acceder y una vez solicitado, el acceso debe producirse de forma efectiva, y, en caso de discrepancia con los agentes policiales sobre qué elementos de las actuaciones son esenciales en el caso concreto podrá activar la garantía del habeas corpus para que la autoridad judicial dirima la controversia. En el caso actual, no consta que en el curso de las actuaciones en sede policial, el letrado de la defensa interesase tener acceso al atestado ni que se le suministrase la información atinente al acceso a los elementos esenciales para poder impugnar la detención de su patrocinado ni tampoco consta que el propio detenido lo interesase, tras ser informado de los hechos que motivaban su detención e instruido de sus derechos.*

Y esa pasividad de la defensa del investigado denota aquiescencia con los datos e información facilitada, pues sólo es después de notificado el Auto de prisión provisional cuando en el recurso de apelación, por vez primera, se denuncia la supuesta infracción y se reclama el acceso a los elementos esenciales, pero no antes, siendo que el recurrente fue puesto a disposición judicial tras practicarse su detención gubernativa por la policía.

Se concluye que no debe accederse a la postulada nulidad del Auto con la condigna puesta en libertad del detenido.

Ese Auto contiene un prolijo, elaborado e interesante Voto Particular del Presidente del Tribunal, magistrado, Ilmo. Sr. Salcedo Velasco, que razona profusamente en orden al alcance y respuesta que debe darse a la petición de nulidad del auto apelado, en síntesis, en el siguiente sentido,

*“ La relativa novedad legislativa a la que nos referiremos y la determinación de su alcance, en ausencia todavía de criterios jurisprudenciales asentados, no facilitan la tarea del intérprete, sea este el Instructor, el Fiscal o la Sala, y, prueba de ello son los vaivenes y diferentes posturas y posiciones en ausencia de una praxis uniforme y particularmente en la respuesta de los órganos judiciales a propósito del sentido y alcance de la nueva regulación introducida al transponer la Directiva ya en torno al derecho de acceso a elementos esenciales, ya al cumplimiento del derecho de información, muy en particular en los escenarios de concurrencia de secreto de las actuaciones y decisiones de prisión provisional y respecto al sentido y alcance de lo que deba en ese caso entenderse por “ en todo caso acceso a los elementos esenciales “ ex art 505 LECRIM . El acierto o desacierto en modo alguno está garantizado a lo que no poco contribuye una transposición que acaso pudiera haber sido más precisa. Es por ello que la discrepancia debe ser todavía más respetuosa cuando se dan estas circunstancias por cuanto los diferentes criterios que se puedan sostener para resolver el problema se ven influidos por este contexto, donde el acierto por tanto deviene más complejo y las soluciones que se adopten pueden venir determinadas por esa indeterminación a la que hemos hecho referencia. *La discrepancia reside en entender que no procede la revocación parcial, sino la nulidad del auto apelado que conlleva la puesta en libertad del apelante, no procediendo acordar una revocación parcial solo de parte de la parte dispositiva del Auto. La discrepancia con el parecer mayoritario se centra concretamente en la calificación y alcance que deba darse a la conducta procesal manifestada por parte de la apelante y su defensa letrada al reaccionar contra la omisión o la no facilitación del derecho de acceso a los elementos esenciales del**



procedimiento al que nos estamos refiriendo por parte del juzgado y el alcance de la petición de nulidad y su consecuencia.

Es preciso establecer el presupuesto fáctico :

a) En primer lugar, señalar que se ha instado expresamente en el suplico de la apelación la nulidad del auto apelado y la consiguiente puesta en libertad. *De no haberse hecho así expresamente no podríamos valorar la nulidad ni ese efecto pretendido en base a defecto procedimental.*

b) No consta en el testimonio remitido que el detenido, el apelante, o su defensa formulara ante la policía, tras ser informado de su derechos, objeción alguna por el hecho de no tener acceso a las actuaciones del atestado. Atestado vinculado a actuaciones judiciales declaradas secretas.

c) No consta en el testimonio remitido que, oído en sede policial en declaración asistido de letrado, el apelante, manifestara objeción alguna el mismo o su letrado sobre este particular.

d) No consta en el testimonio remitido que el apelante /letrado defensor , que es a quien corresponde en ese momento, tras la declaración en sede policial, siguiendo la doctrina de la reciente STC de 5 de marzo de 2018, reclamaran o solicitaran justificadamente los elementos de las actuaciones a los que quiere acceder.

e) No consta en el testimonio remitido que con ocasión de la comparecencia previa a adoptar la medida de prisión provisional pusiera de manifiesto en el acta de la misma objeción alguna o petición alguna en ese sentido. Sin embargo , en el informe oral de la vista de apelación la defensa señaló que ya en la comparecencia sí se hizo esta manifestación. Así lo refiere igualmente en su escrito de apelación.

f) El apelante ha señalado que presentó escrito instado el acceso a la información si bien este no consta en el testimonio remitido a la sala. El Fiscal no puso en duda estas afirmaciones del apelante.No consta en el testimonio remitido respuesta del Juzgado a dicho escrito ni acuerdo sobre la suspensión del plazo para interponer recurso o para facilitar el acceso a los elementos esenciales pedidos.

e) El apelante, presenta recurso de apelación directo contra el auto de prisión y se tiene por interpuesto en tiempo y forma la apelación.

g) El día 9.2.2018 el Ministerio Fiscal presenta ante el Juzgado escrito en el que con carácter previo y necesario a despachar el traslado conferido para informe de apelación interesa del Juzgado “ a la vista de la alegación de indefensión realizada por el recurrente al no haber sido proveído de los elementos de las actuaciones necesarios para impugnar la petición de privación de libertad, se ponga a su disposición copia debidamente cancelados aquellos nombres que no sean el propio y direcciones , de la diligencia de participación de los presentados como detenidos contenida en el atestado policial y de las diligencias donde conste el resultado de las entradas y registros practicados siendo este el momento

procesal oportuno como establece la exposición de motivos de la LO 5/2015 aunque discrepa del contenido de los elementos esenciales.

Sostiene la Fiscalía, en su escrito ,que conforme a la transposición efectuada de la Directiva 2012/13/UE de 22 de mayo, “ en ningún caso se hace referencia a la entrega de documentos obrantes en las actuaciones “ siendo suficiente la información verbal del Fiscal en la comparecencia del art 505 , señalando los hechos y la calificación y equiparando los “ motivos bastantes” con “ indicios” y fijando los fines constitucionales de la prisión haciendo mención de la información que hizo verbalmente el Fiscal en dicha comparecencia siendo todo ello suficiente para impugnar la prisión y fundar la medida. Cita el informe del Fiscal la doctrina de esta Sala ,en Auto de 5.7.2017 Rollo 432/2017 “ con el fin de evitar una declaración de nulidad y la puesta en libertad del investigado, “ por lo que concluía solicitando que se facilitara a la defensa los documentos en los términos solicitados al principio”.A este escrito y no al de defensa entendemos que responde el juzgado con la providencia de 21 de febrero de 2018 que no se accede a ello y que solo se facilita a la defensa el contenido señalado en el Auto de prisión, esto es, la notificación exclusivamente de la parte dispositiva del Auto apelado.

*Finalmente, el apelante en su apelación, reclama la nulidad del auto y la puesta en libertad de su defendido sobre la base de estimar el apelante que se le debía de haber proporcionado la información, al menos la fundamental, para que sea posible valorar la legalidad de la detención o privación de la libertad ,no habiéndose facilitado ninguna información. Por ello, se considera que no concurren los requisitos del 502 y 503 para adoptar y mantener la medida privativa de libertad, de la que insta su expresa nulidad, debiéndose acordar su puesta en libertad con otro tipo de medidas cautelares menos gravosas como es el establecimiento de fianza la retirada de pasaporte las presentaciones señalándose como particulares de la esta y en especial la copia del auto de prisión del escrito en la parte y del auto que deniega la libertad.*

Se cuestiona la existencia o no de una infracción del derecho al acceso a los elementos de las actuaciones que resulten esenciales para impugnar la privación de libertad del investigado o encausado recogido en el nuevo redactado del art 505.3 párrafo segundo LECRIM al que se remite el art 303. 3032 “ in fine “ de la LECRIM en la redacción dada por el art 2.2 y 2.3 de la LO 5/2015 de 27 de abril, por la que se modifican la Ley de Enjuiciamiento Criminal y la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, para transponer la Directiva 2010/64/UE, de 20 de octubre de 2010, relativa al derecho a interpretación y a traducción en los procesos penales y la Directiva 2012/13/UE, de 22 de mayo de 2012, relativa al derecho a la información en los procesos penales.(boe BOE» núm. 101, de 28 de abril de 2015, páginas 36559 a 36568 , con entrada en vigor, con una salvedad indicada, el el 28 de octubre de 2015). Vinculado todo ello con lo dispuesto en el art 118 LECRIM, relativo al ejercicio del derecho de defensa, actuando en el procedimiento cualquiera que éste sea, desde que se le comunique su existencia, haya sido objeto de detención o de cualquier otra medida cautelar o se haya acordado su procesamiento, a cuyo efecto se le instruirá, sin demora injustificada, de los siguientes derechos: derecho a examinar las actuaciones con la debida antelación para salvaguardar el derecho de defensa.

El Juzgado no ha facilitado - al hallarse declaradas secretas las actuaciones - en modo alguno acceso a ningún elemento de las actuaciones conforme a lo testimoniado. Concorre por ello ,al haberse causado objetiva indefensión, pues no se ha dado a la defensa oportunidad de acceder a los elementos de las actuaciones que resulten esenciales para impugnar la privación de libertad del investigado ni antes ni después de dictado el auto ni de forma previa a la interposición del recurso o a su remisión , en la causa de nulidad del art 238.3 LOPJ ,en relación con los preceptos antes citados que recogen el nuevo derecho de acceso a los elementos esenciales en particular lo previsto en el 505.3 párrafo segundo cuando dispone que : El abogado del investigado o encausado tendrá en todo caso acceso a los elementos de las actuaciones que resulten esenciales para impugnar la privación de libertad del investigado o encausado ,520 2. d) y 118.Deberemos plantearnos si su alcance afecta a la privación de libertad mantenida por el auto apelado dictado ,ya en vigor la reforma de la LECRIM.”

#### **VII.-Distinción entre del derecho a ser debidamente informado de la acusación y el derecho al acces a elemenos esenciales de las actuaciones.**

*Debe distinguirse entre el derecho a ser debidamente informado de la acusación, y el nuevo derecho al acceso a elementos de las actuaciones que resulten esenciales para impugnar la privación de libertad del investigado o encausado en la medida en que, ni son el mismo, ni la satisfacción del primero agota el contenido del segundo, que puede operar con independencia uno del otro.*

“No puede entenderse respetado por el hecho de que en la comparecencia del 505 Lecrim baste con lo manifestado oralmente por el Fiscal que solicitó la prisión preventiva , señalando los hechos y la calificación y equiparando los “ motivos bastantes” con “ indicios” . Y menos ahora, tras la STC de 5.3.2018 ,cabe acaso concluir que *no sería bastante con la información verbal y sería preciso una información documentada* si trasladamos lo dicho a propósito del ejercicio de ese derecho en el momento de detención policial al momento judicial de decidir la prisión. Piénsese que , incluso si esa información se dió por escrito en el momento policial , iría referida al atestado base de la detención. Una vez el detenido puesto a disposición ,y ,*decidiéndose sobre la prisión, ello puede ser insuficiente porque en las Diligencias Previas o en el sumario el Juzgado puede contar con otros atestados previos o complementarios , o con otra información sumarial*, por lo que se haya hecho bien en el primer momento en sede policial,no excluye necesariamente que deba proporcionarse en el momento judicial. Al revés, si no se pidió o no se hizo bien en el momento policial ello no excluye solicitarlo en el momento en que, precisamente por el mismo motivo (*el Juzgado puede contar con otros atestados previos o complementarios o con otra información sumarial*) o por un cambio de estrategia de la defensa, puede solicitarse legítimamente.No consta que aquí se solicitara la información antes del momento de resolverse sobre la prisión, pero en todo caso ello no obsta a entender conculcado completamente lo previsto en el art 506.2 LECRIM “ *en ningún caso omitirá en la notificación una sucinta descripción del hecho investigado o encausado y de cuál o cuáles de los fines previstos en el art 503 Lecrim se pretende conseguir con la prisión*”. pues solo se notifica dle auto de prisión la parte dispositiva.

Se conculca el art . 302 “ in fine” LECRIM , en la medida en que dispone que la declaración de secreto:“ *se entenderá sin perjuicio en el art 505.3 párrafo segundo*” .Y por ende el de este art 505.3 párrafo segundo cuando dispone que : *El abogado del investigado o encausado tendrá en todo caso acceso a los elementos de las actuaciones que resulten esenciales para impugnar la privación de libertad del investigado o encausado.*”

Reflejo estricto del derecho que asiste a todo detenido o preso en el art 520.2.d) Lecrim: *“Derecho a acceder a los elementos de las actuaciones que sean esenciales para impugnar la legalidad de la detención o privación de libertad.”afectando así igualmente al derecho a la libertad por la incidencia de la adopción de la prisión provisional en esta forma en dicho derecho fundamental.*

La naturaleza de este nuevo requisito o derecho no puede ser discutida desde el momento en que la propia Exposición de Motivos de la L.O. señala ( el subrayado es nuestro) :“ *El derecho a la información de los detenidos o presos se regula en el artículo 520 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. ...Ahora bien, resultaba necesario completar el catálogo de derechos para adaptarlo a los postulados de la normativa europea, haciendo mención expresa, entre otros, al derecho de acceso a los elementos de las actuaciones que sean esenciales para impugnar la legalidad de la detención o privación de libertad.La obligación establecida en los art 505.2 y 302 LECRIm en su redacción vigente dada por LODesde la perspectiva del derecho a la libertad (art. 17 CE), y en relación con la incidencia de la adopción de la prisión provisional en dicho derecho fundamental, ..Especial mención merece el derecho de acceso al expediente.Cuando se trata de imputados, se ha considerado conveniente su incorporación en el artículo 118 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y en su artículo 302 se han recogido las excepciones a este derecho. Como se ha anticipado, en los casos del detenido o privado de libertad, el derecho de acceso se ha recogido en el artículo 520 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y su alcance se limita, por exigencia de la normativa europea, a aquellos elementos de las actuaciones que sean esenciales para impugnar la legalidad de la detención o privación de libertad. Se trata de proporcionar, con anterioridad a la interposición del recurso, únicamente aquella información que sea fundamental para que sea posible valorar la legalidad de la detención o privación de libertad.*”

*Se trata, por tanto, de un derecho vinculado al deber estatal de asegurar el ámbito de libertad del ciudadano considerando que esa información es fundamental para que sea posible valorar la legalidad de la detención o privación de libertad.”*

Si el apelante no considera que esa falta de acceso le haya dificultado o impedido la impugnación de la legalidad de la detención o privación de libertad, podrá discutirse su alcance.Pero cuando el apelante , lo pone de manifiesto como un hándicap, como es el caso , y nada se provee sobre ello de forma que al interponer el recurso de apelación - directo en este caso-, el apelante no ha tenido acceso, a los elementos esenciales, de las actuaciones para impugnar la legalidad de la detención o privación de libertad, porque el Juzgado no se lo ha dado, por entenderlo consecuencia de la declaración de secreto , entiendo que este error del Juzgado al intepretarlo así ha afectado a un derecho ahora reconocido expresamente.

Respecto de la Directiva 2012/13/UE ,recogió en su considerando (30) y ( 32) lo siguiente:

*“ Los documentos y, si procede, fotografías y grabaciones de sonido o de vídeo, que resulten fundamentales para impugnar de forma efectiva la legalidad de la detención o privación de libertad de una persona sospechosa o acusada, con arreglo a la legislación nacional, deben ponerse a disposición de esta o de su abogado a más tardar antes del momento en que una autoridad judicial competente deba decidir sobre la legalidad de la detención o privación de libertad de conformidad con el artículo 5, apartado A efectos de la presente Directiva, el acceso a las pruebas materiales, tal como las define la legislación nacional, ya sean favorables o desfavorables para la persona sospechosa o acusada y que obren en poder de las autoridades competentes responsables del expediente penal específico, debe incluir el acceso a materiales como, por ejemplo, documentos y, si procede, fotografías y grabaciones de sonido o de vídeo. ....*

*(32) El acceso a las pruebas materiales, ya sean favorables o desfavorables a la persona sospechosa o acusada, que obren en poder de las autoridades competentes, con arreglo a lo establecido en la presente Directiva, puede ser denegado, de conformidad con la legislación nacional, cuando dicho acceso pueda dar lugar a una amenaza grave para la vida o los derechos fundamentales de otra persona o, cuando la denegación del acceso es estrictamente necesaria para defender un interés público importante. La denegación de dicho acceso debe sopesarse con los derechos de la defensa de la persona sospechosa o acusada, teniendo en cuenta las distintas fases del 4, del CEDH, y en el momento oportuno para permitir el ejercicio efectivo del derecho a impugnar la legalidad de la detención o privación de libertad. proceso penal. Las limitaciones a dicho acceso deben interpretarse de forma estricta y conforme al principio del derecho a un juicio equitativo, con arreglo al CEDH y a la interpretación de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. ..Una persona sospechosa o acusada, o su abogado, debe tener derecho a impugnar, de conformidad con los procedimientos previstos en la legislación nacional, el hecho de que las autoridades competentes no le hayan proporcionado la información contemplada o determinados materiales del expediente con arreglo a la presente Directiva, o bien se hayan negado a hacerlo. La presente Directiva debe establecer normas mínimas. Los Estados miembros pueden ampliar los derechos establecidos en ella para proporcionar un mayor nivel de protección también en situaciones no explícitamente contempladas en la presente Directiva. El nivel de protección nunca debe ser inferior al de las normas contempladas en el CEDH, tal como se interpretan en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.”*

Estos considerandos se materializaron en el redactado del art 7 de la Directiva:

Artículo 7 .Derecho de acceso a los materiales del expediente. 1. Cuando una persona sea objeto de detención o privación de libertad en cualquier fase del proceso penal, los Estados miembros garantizarán que se entregue a la persona detenida o a su abogado aquellos documentos relacionados con el expediente específico que obren en poder de las autoridades competentes y que resulten fundamentales para impugnar de manera efectiva, con arreglo a lo establecido en la legislación nacional, la legalidad de la detención o de la privación de libertad. 2. Los Estados miembros garantizarán que la persona acusada

*o sospechosa o su abogado tengan acceso al menos a la totalidad de las pruebas materiales en posesión de las autoridades competentes a favor o en contra de dicha persona, para salvaguardar la equidad del proceso y preparar la defensa. 3. Sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 1, el acceso a los materiales mencionados en el apartado 2 se concederá con la debida antelación que permita el ejercicio efectivo de los derechos de la defensa y a más tardar en el momento en que los motivos de la acusación se presenten a la consideración del tribunal. Si llegan a poder de las autoridades competentes más pruebas materiales, se concederá acceso a las mismas con la debida antelación para que puedan ser estudiadas. 4. No obstante lo dispuesto en los apartados 2 y 3, siempre y cuando ello no suponga un perjuicio para el derecho a un juicio equitativo, podrá denegarse el acceso a determinados materiales si ello puede dar lugar a una amenaza grave para la vida o los derechos fundamentales de otra persona o si la denegación es estrictamente necesaria para defender un interés público importante, como en los casos en que se corre el riesgo de perjudicar una investigación en curso, o cuando se puede menoscabar gravemente la seguridad nacional del Estado miembro en el que tiene lugar el proceso penal. Los Estados miembros garantizarán que, de conformidad con los procedimientos previstos por la legislación nacional, sea un tribunal quien adopte la decisión de denegar el acceso a determinados materiales con arreglo al presente apartado o, por lo menos, que dicha decisión se someta a control judicial.*

*Art. 8 Verificación y recursos.-*

*2. Los Estados miembros garantizarán que la persona sospechosa o acusada, o su abogado, tenga derecho a impugnar, de conformidad con los procedimientos previstos por la legislación nacional, el hecho de que las autoridades competentes no le hayan proporcionado la información de conformidad con la presente Directiva o se hayan negado a hacerlo.”*

Como complemento, el modelo indicativo acompañado a la Directiva señala :

*“ACCESO A LOS DOCUMENTOS. En el momento de la detención o privación de libertad, usted (o su abogado) tiene derecho a acceder a los documentos esenciales que necesita para impugnar la detención o privación de libertad. Si el caso llega a un tribunal, usted (o su abogado) tendrá derecho a acceder a las pruebas materiales favorables o desfavorables.”*

La transposición de todo ello se efectúa por Ley Orgánica 5/2015, En su Exposición de Motivos se señala que :

“Ahora bien, resultaba necesario completar el catálogo de derechos para adaptarlo a los postulados de la normativa europea, haciendo mención expresa, entre otros, al derecho de acceso a los elementos de las actuaciones que sean esenciales para impugnar la legalidad de la detención o privación de libertad, Especial mención merece el derecho de acceso al expediente. Cuando se trata de imputados, se ha considerado conveniente su incorporación en el artículo 118 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y en su artículo 302 se han recogido las excepciones a este derecho. Como se ha anticipado, en los casos del detenido o privado de libertad, el derecho de acceso se ha recogido en el artículo 520 de la

Ley de Enjuiciamiento Criminal y su alcance se limita, por exigencia de la normativa europea, a aquellos elementos de las actuaciones que sean esenciales para impugnar la legalidad de la detención o privación de libertad. Se trata de proporcionar, con anterioridad a la interposición del recurso, únicamente aquella información que sea fundamental para que sea posible valorar la legalidad de la detención o privación de libertad. También el momento en el que se suministra la información constituye un mecanismo de garantía de los derechos citados. Así, los imputados deberán recibirla sin demora injustificada y, en los casos de los detenidos o presos, la información deberá ser suministrada de forma inmediata”

Su artículo segundo de la Ley Orgánica 5/2015, de 27 de abril, por la que se modifican la Ley de Enjuiciamiento Criminal y la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, reforma los art 118,302 505 y 520 en los términos ya antes consignados.

*Por lo que hace al secreto de las actuaciones y su relación con el ejercicio de este derecho, se contempla una doble opción que se traduce en:*

a) El secreto del sumario no es una excepción al ejercicio de este derecho pues expresamente se ha introducido en el art 302 LECRIM un último párrafo que señala que lo dispuesto en materia de secreto se entenderá sin perjuicio de lo previsto en el párrafo segundo del apartado 3 del artículo 505.»

b) Y no sólo eso sino que, para cerrar el círculo y evitar cualquier duda interpretativa o sistemática- o así lo entendemos - en el referido art 505.3 LECrim se dispone que el Abogado del imputado tendrá, **en todo caso** acceso. En todo caso, significa lo que significa, que no hay excepción alguna ,haya o no declaración de secreto, y sin perjuicio de que esta module qué elementos o cuántos deben hacerse accesibles, con respeto siempre al módulo irreductible los “ esenciales para impugnar la legalidad de la detención o privación de libertad”.

En ese sentido, en esencia, lo ha entendido la Sección Novena de la A.P. de Barcelona, en su Auto de 28 Junio de 2016 ,Recurso de apelación nº 428-2016, Ponente. lltmo. Sr. Andrés Salcedo, primero en el que abordamos la cuestión, en el, Auto de 29 de junio de 2017, dictado por la Sección Novena de la Audiencia Provincial de Barcelona, en el rollo de apelación contra un auto de prisión provisional ,dictado en la causa Rollo de apelación 431/2017, ponente . lltma. Sra. Maria del Carmen Martínez Luna, que cuenta con un voto particular, en igual sentido Auto de la Sala Vacaciones, Rollo núm. 603/2016 (SECCIÓN QUINTA) f, do 2º ponente , lltmo. Sr. Julio Hernández Pascual, en línea también con el Auto N.º 343/16 de 12 abril de 2016 Sección nº 15 de la Audiencia Provincial de Madrid, aunque el supuesto no sea idéntico en todos sus extremos. Pero al igual que aquél, entendemos que el Juzgado de Instrucción, no ha tenido en cuenta de modo suficiente la nueva regulación española, transposición de la europea, puesto que no ha proporcionado, como resulta imperativo, siquiera acceso , únicamente a aquella información que sea fundamental esencial para que sea posible valorar la legalidad de la detención o privación de libertad. El secreto de la investigación, ex art. 302 de la LECrim., puede fundamentarse, claro está, en la prevención de una situación que pueda comprometer de forma grave el resultado de la investigación o del proceso. Ahora bien, compartimos que ,precisamente “

lo que ha venido a excluir la reciente reforma de la ley procesal española, es que dicha fundamentación genere una situación de palmaria indefensión al detenido. Sobre la base del derecho de acceso al expediente, a la causa, debe proporcionarse al detenido en el transcurso de un procedimiento bajo secreto de sumario, al menos, aquella información que sea fundamental para que sea posible valorar la legalidad de la detención o privación de libertad. En el presente caso, no se ha facilitado ninguna información”.

Se dice en el Auto de la Audiencia de Madrid que : “ *Es evidente que el precepto que acaba de transcribirse establece en su apartado 4 la posibilidad de excluir –por razones de riesgo para la vida o derechos fundamentales de una persona, o de interés público, por peligro de perjuicio para la investigación o de menoscabo grave de la seguridad nacional– determinados materiales del expediente del derecho de acceso de las partes. Pero también lo es que esa posibilidad no existe, conforme al apartado 1, en cuanto a los documentos del expediente que resulten fundamentales para impugnar de manera efectiva la legalidad de la detención o de la privación de libertad. Lo mismo cabe decir, conforme a los preceptos anteriormente citados de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. En ellos no hay limitaciones legales para el detenido o preso o su defensa, en cuanto al derecho acceso a la documentación que resulte esencial para impugnar la legalidad de la detención o privación de libertad. Tanto de la regulación legal, como del tenor de la Directiva que la inspira, se desprende claramente que no basta con una mera información verbal, como se argumenta en el auto apelado. Así se entiende también en la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 5/2015,*” que ya hemos transcrito

En consecuencia, procede estimar el motivo: la falta de entrega al ahora recurrente o su defensa de los documentos obrantes en la causa necesarios para impugnar la privación de libertad, incumple las disposiciones legales antes citadas y le genera una indefensión objetiva, al impedirle articular su impugnación con una información suficiente y mermar su potencial eficacia.

Constatado el quebranto procesal que se acomoda a lo dispuesto en el art 238 .3 LOPJ que determina indefensión objetiva en la tesis del parecer mayoritario pesa ,sin duda, la circunstancia de que ,en particular, y en los momentos procesalmente precedentes a la adopción del auto de prisión provisional ahora apelado, y que son antecedente necesario del mismo ,cuales son la declaración ante el Instructor de la parte apelante y la posterior comparecencia de solicitud de medidas cautelares a presencia de la defensa y del Ministerio Fiscal ,en ambas dos, y, naturalmente del instructor , no se formulara en sentido estricto un recurso contra esa situación o se planteara o presentara un escrito solicitando la remoción de la omisión del juzgado que tenía ante sí una situación en la que „en ningún momento, se le había facilitado ,ni a su defensa, el acceso a los elementos esenciales en los términos previstos en el art. 505. LECRIM con arreglo al cual el abogado del investigado o encausado tendrá, en todo caso, acceso a los elementos de las actuaciones que resulten esenciales para impugnar la privación de libertad del investigado.

En definitiva, *el parecer mayoritario estima que esa actitud de la defensa comporta una actuación no diligente y consentidora de la situación, que impide poner a cargo del órgano judicial la causación de la indefensión cuando pudiendo haberse llevado a cabo una actitud*



*más proactiva ,en todo caso distinta, por parte de la defensa, acaso pudiera haberse subsanado dicha omisión antes de que se dictare el auto de prisión y se llegara a tener que formular el recurso de apelación sin el acceso a esos elementos a los que el artículo 505 mencionado se refirió y cuya violación denuncia ahora ante nosotros en un recurso de apelación directo.*

Entiende el parecer mayoritario que no cabe que ahora la parte denuncie, al recurrir en apelación directa ,el incumplimiento de aquel derecho por no haber posibilitado, en su momento, que el juzgado de instrucción pudiera dar cabal respuesta a la reclamación de los elementos materiales esenciales para rebatir los argumentos del fiscal cuando formuló la petición de medida cautelar de prisión provisional comunicada y sin fianza ,*por lo que se entiende que la petición que ahora se formula ante nosotros es extemporánea y no agotó previamente la defensa los medios ni los instrumentos que estaban a su alcance para exigir de la policía o en sede instrucción la entrega de tales elementos esenciales ,porque al mostrarse silente, consintió su omisión y aceptó las consecuencias de ese posicionamiento procesal.*

Viene a aceptar que ,como mínimo ,*supo y tuvo pleno conocimiento del contenido de los elementos nucleares del núcleo irreductible del derecho de defensa* a los que refirió la comparecencia ministerio fiscal para sostener su petición de privación de libertad, dado que la defensa de la recurrente estuvo presente en las declaraciones y asistió a diligencias la policía en su momento le informó, mediante formulario ad hoc marcando las casilla correspondiente a documentos y testigos, que constituirían tales elementos esenciales, sin que la defensa en su momento interesara que se le precisaren los documentos ni los testigos dándose por enterada.

En definitiva, el voto mayoritario deduce que está aquiescencia de la defensa de la investigada denota bien a las claras que no se le generó efectiva indefensión material alguna ,pues sólo reacciona cuando ya se ha dictado el auto de prisión provisional por vía de recurso de apelación , entendiéndose por ello que no quedado comprometido ningún derecho fundamental , porque en su momento no pidió que se le proporcionara información que fuera reputada fundamental para poder valorar la legalidad de detención o privación de libertad, eliminando cualquier atisbo de discrecionalidad arbitrariedad ,no procediendo por ello la nulidad solicitada.

Así ,con ello, queremos poner de manifiesto cómo al llegar al momento de decidir acerca de la situación personal adquiere relevancia el atestado y los indicios que en él se contengan, que podría no haberla tenido, pero por las alegaciones del Ministerio fiscal y naturalmente por su traducción posterior en el auto apelado obviamente ,la tienen.

Pero que no lo haya sido así cuando rituariamente no está contemplado, conduce a sostener que hacer irrelevante la nulidad solicitada por esta causa e irrelevante por esta causa la efectividad del derecho de acceso los documentos no es una respuesta correcta por dos razones esencialmente. Primero, porque recordemos que el art. 505 es anteacto de la adopción ,en su caso, de la prisión provisional y el derecho de acceso específico regulado lo es para “impugnar la privación de libertad” – Acaso por ello, de forma posterior a su adopción , y en relación a los argumentos y presupuestos en que dicha

privación de libertad se acuerde en el auto de prisión provisional, es cuando debe operar cronológicamente el 505 LECRIM.

Si no se acuerda privación de libertad no opera funcionalmente el precepto y la referencia del art. 302 al art. 505 LECRIM queda vacía de operatividad, como queda el art. 520.2 d) si no hay detención o privación de libertad en relación al propio 302 LECRIM sin perjuicio de la operatividad que se reconozca al art. 118 LECRIM si no hay declaración de secreto, o no compromete la libertad mediante la detención o prisión.

Acaso tampoco si se acuerda la prisión pero ésta se basa enteramente en elementos ya conocidos por la defensa por cuanto en todos ellos ha tenido presencia o participación si se diera el caso. Es por ello que en casos de déficit de reacción inicial o se escaso alegato o manifestación en la propia comparecencia, debe ser ponderado en relación a la funcionalidad prevista en este caso del acceso a los elementos esenciales.

Dicho de otro modo, si el juez no decreta la privación de libertad, hallándose secreta la causa, cuanto menos vía ex art 505 LECRIM, ya no se plantea el problema del acceso a los elementos esenciales, pues no hay presupuesto de impugnación. Y por ello, puede decidir nada facilitar en ese sentido. Y lo mismo sucede si acuerda la prisión pero con base exclusivamente en elementos a los que ya ha tenido acceso directo y material a la defensa, por ejemplo, por haber estado presente y participado.

Pero si, en base a los alegatos de la comparecencia, acuerda la prisión con base en elementos de los que la defensa no ha tenido acceso, es entonces cuando nace, en todo caso, para el Juzgado, la obligación de ponderar qué y cuáles de esos elementos que incorpora a su auto de prisión como base del mismo, deben ser trasladados materialmente a la defensa, para que esta pueda impugnar dicha decisión y acaso entonces la falta de diligencia sólo podrá ser predicada de actos posteriores a conocer que se ha producido la privación de libertad.

En este caso, se alberga una duda acerca de si hizo o no en la comparecencia del art 505 ante el instructor alegato de indefensión, como señala, pese a no recogerse en el acta. El representante de Fiscalía no negó que eso fuera así, pero ciertamente no se recoge en el acta.

Pero en todo caso entiende el Voto Particular que ello no excluye que pueda igualmente sostenerse que el acceso puede y debe producirse en relación a los elementos que el Fiscal aduzca como sostén de su petición durante la comparecencia, si bien aún será pronto para saber si la juez los estimará en su decisión, en su caso, privativa de libertad, por lo que si no lo hace al fin, resulta de menor entidad y el acceso sobre el secreto podría no justificarse plenamente.

Por todo ello, si acaso durante la comparecencia no se hizo, y sí se hizo luego, no puede equipararse esta situación y esta manifestación a la nada.

Y se entiende que ello es así por cuanto a quien, en primer término, corresponde garantizar el derecho de acceso, como uno más de los que protegen al investigado, es al instructor de la causa, quien por ello está especialmente vinculado a reaccionar

proactivamente a la defensa de esos derechos de manera que a juicio del magistrado discrepante resulta erróneo en el caso, bien no haber actuado proactivamente para – incluso, suspendiendo momentáneamente el desarrollo de la comparecencia tras los alegatos del Fiscal ,para atender y solventar el déficit que se podía constatar, o ,bien dando respuesta a la petición referida a modo de subsanciación de lo dispuesto en el auto de prisión que al no incorporar traslado alguno de elementos esenciales, amén de cegar el derecho a la información no notificando sino su parte dispositiva, o bien , si el Juzgado entendiera que ello sólo debe decidirlo si decreta la prisión y emplea como soporte de las misma la referencia a elementos que pudiendo ser esenciales para combatir el auto desconocidos por innaccesibles a la defesna , proceder ctras su dictado o coetáneamente al mismoc en el auto de prisión, a señalar qué elementos esenciales deben ser accesibles para poder plantear recurso o en todo caso motivar en el auto porque todo ha sido excluido de esa facilitación ( insiste el V.P., la exclusión total no nos parece viable).

La falta de reacción subsanadora en ese sentido del instructor y la falta de acceso en todo momento previo a la interposición del recurso provoca al fin que frente al mismo estemos ahora reolviendo la apelación instando expresamente la nulidad por este motivo al no haberse dado acceso a nada del atestado cuanto menos.

Téngase en cuenta que el secreto lo es para prevenir riesgos en particular para prevenir (por lo tanto de futuro ,pues sólo lo futuro se previene) una situación que pueda comprometer de una forma grave del resultado de la investigación o del proceso conforme al art. 302 apartado,lo que apunta a prevenir una coyuntura tal que produzca ese compromiso grave, lo que difícilmente podrá sostenerse de numerosas actuaciones integrantes del atestado o de lo actuado judicialmente cuando de ellas mismas y a partir de ellas o en íntima conexión con ellas, no se halle a pendiente una ulterior línea de investigación que pudiera entenderse, si se da a conocer, “situación “ o coyuntura que comprometa de forma grave el resultado de la investigación, por el hecho de que a ello tenga acceso a los términos incluso restrictivos esenciales para la defensa de la medida

Por supuesto ,todo ello, lo decimos partiendo de la base que ya el voto mayoritario expresa perfectamente entender que éste derecho de acceso en modo alguno se colma ni se sustituyen ni es equivalente a una información oral sobre los motivos los indicios que se lleve a cabo con la mejor de las voluntades y la mejor de las intenciones y con el más preclaro ánimo de amparar los derechos de la persona investigada por quien es responsable de la instrucción judicial, o por la Fiscalía por cuanto a esta equivalencia no se puede sostener. Ya está explicado en el auto porqué entendemos que el derecho de acceso lo es a elementos y fuentes materiales que obran incorporadas en el procedimiento de origen policial o de origen estrictamente judicial o fiscal por derivarse de su autónomo actuar. Y no sólo por ello sino por cuanto tampoco cabe aceptar en línea de principio que esa sustitución por equivalencia pueda admitirse ,incluso en la mejor y más bienintencionada de las situaciones , porque de lo que se trata ,creo en el fondo, es de que la defensa tenga autonomía para articular su línea de defensa ,su estrategia argumentativa en relación a los elementos esenciales de los que tenga conocimiento, y aquellos en los que básicament se funda la decisisión de prisión, y no se vea subordinada, limitada o constreñida al impugnar la prisión a la selección, por bienintencionada que sea, que otro

distinto , el instructor, produzca oralmente del contenido de aquellos elementos cuando simplemente se limita a referirlos verbalmente o explicarlos a su modo sin que se tenga acceso material a los mismos, en este caso aquellos esenciales.

En los casos en que esté declarado el secreto el peso recae sobre el instructor pues él sabe qué elementos fundan su decisión de prisión y el defensor no puede “ seleccionar” a qué elementos esenciales referir su derecho de acceso, porque no conoce ni accede a la causa. Podrá referirlos en su caso a aquellos mencionados en el Auto de prisión acordado constante secreto, pero para pedirle esta diligencia cuanto menos el auto de prisión acordado bajo secreto debe contener el mínimo conforme al juego conjunto del art 302 “ in fine” LECRIM , en la medida en que dispone que la declaración de secreto:“ se entenderá sin perjuicio en el art 505.3 párrafo segundo” y del art en el art 506.2 LECRIM “ en ningún caso omitirá en la notificación una sucinta descripción del hecho investigado o encausado y de cuál o cuáles de los fines previstos en el art 503 Lecrim se pretende conseguir con la prisión”. Lo que aquí tampoco ha sucedido pues solo se notifica, del auto de prisión ,la parte dispositiva.

Entiende el discrepante, por todo lo anterior ,producida la vulneración del derecho denunciado (art. 17.3 CE), el cual incluye en su contenido el derecho del detenido y su letrado a acceder a los elementos fundamentales para impugnar su situación privativa de libertad. y le genera una indefensión, al impedirle articular su impugnación con una información suficiente y mermar su potencial eficacia por lo que debiera admitirse su suplico en orden a decretar la nulidad del auto por este motivo sin necesidad de posteriores consideraciones y la parte dispositiva debiera haber declarado la estimación del recurso y declarado así.

No estima que , si concurre la nulidad por el motivo expuesto – que no deriva en sí o exclusivamente del auto de prisión mal notificado- sino de un actuar precedente o subsecuente de no facilitar el instructor acceso a ningún elemento, y por ende a ningún elemento esencial, quepa o sea procedente la subsanación que comporte, durante la misma, el mantenimiento de la situación de privación de libertad, por su superior valor. Dicho de otra forma la subsanación a que hubiera lugar no es óbice a la puesta en libertad como consecuencia de la nulidad, porque en todo caso, ello no puede conllevar mantener en situación de privación al apelante mientras tanto se produce esta. Entiendo que la lesión denunciada no se subsana ni puede subsanarse como señala el auto con la notificación del auto en otra forma porque con ello tampoco se solventa la quiebra del derecho al acceso de los elementos esenciales a la que ya hemos hechos referencia. En todo caso, la subsanación serviría para que igualmente pueda combatirse , con pleno respeto de los derechos de información al acceso de los elementos esenciales para combatir la resolución ,nuevamente el auto debidamente notificado pero solo si además se cumpliera con el derecho .Pero ello no debe conllevar el mantenimiento mientras tanto de la privación de libertad así acordada.

Y concluye el Voto Particular con que debía estimarse el recurso de apelación interpuesto por la representación y defensa del apelante declarando la nulidad del auto de prisión

provisional apelado , revocando dicha resolución y acordando la libertad provisional del recurrente. “

### **VIII. Conclusión.**

La eficacia jurídica del Derecho Comunitario Europeo, el llamado efecto vertical directo y útil, y, en suma, la adecuación a los principios de primacía del derecho de la Unión y el control de convencionalidad en el proceso penal reclaman con urgencia que se impartan a los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado, las directrices e instrucciones claras y precisas para llenar de contenido real el analizado derecho al acceso de los elementos esenciales para impugnar la privación de libertad del sospechoso/ detenido en el proceso penal, evitando las innumerables discusiones entre policía y abogados de detenidos, así como que el Tribunal Constitucional establezca, de manera diáfana, el ejercicio de dicho derecho- garantía- con mayor detalle y profundidad casuística, en todos los supuestos y singularmente distinguiendo la fase policial, de la judicial, con delimitación y acotación del contenido de ese derecho, y, con especial atención a los supuestos de secreto de las actuaciones, incomunicación, y, en relación al alcance y consecuencia de la inobservancia de la aplicación de la norma, al afectar y comprometer seriamente al derecho fundamental a la libertad, en evitación de respuestas judiciales dispares que en nada contribuyen a la necesaria seguridad jurídica y con ello hacer innecesario el planteamiento de eventuales cuestiones prejudiciales comunitarias.

Autor:

José María Torras Coll

Magistrado

Audiencia Provincial de Barcelona